Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, 26 de noviembre de 2018, en relación con la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura

(*Boletín Oficial del Estado,* núm. 206, de 25 de agosto de 2018)

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante sendos escritos se han recibido un total de cuatro peticiones en las que se solicita del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 206 correspondiente al día 25 de agosto de 2018.

SEGUNDO. El Real Decreto-ley cuestionado consta de un artículo único por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, añadiendo un apartado 3 a su artículo 16 y una nueva disposición adicional sexta bis, y de dos disposiciones finales, en la primera de las cuales se especifica el título competencial y en la segunda se dispone la entrada en vigor de dicho decreto-ley al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado.*

El nuevo apartado 3 que se incorpora al artículo 16 de la Ley 52/2007 es del siguiente tenor literal:

> 3. En el Valle de los Caídos solo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.

A su vez, la nueva disposición adicional sexta bis atribuye al Gobierno la garantía del cumplimiento de la medida, remite a un Acuerdo de Consejo de Ministros la decisión de exhumación y traslado de los restos de personas que yazcan en el lugar y cuyo fallecimiento no hubiera sido a consecuencia de procedimiento a través del cual ha de llevarse a cabo.

TERCERO. El motivo de inconstitucionalidad alegado por los solicitantes se circunscribe en todos los casos a la inexistencia del presupuesto habilitante de extraordinaria urgencia y necesidad que exige el artículo 86.1 de la Constitución para que el Gobierno

pueda dictar una disposición legislativa provisional en forma de Decreto-ley como la aquí tratada.

Debe precisarse que en todos los casos el cuestionamiento de la norma desde la perspectiva de la ausencia del presupuesto habilitante se hace en referencia a la exhumación de los restos de Francisco Franco, aunque, como se deduce del tenor literal de la misma, su objeto posible no se limita a estos restos, sino que alcanzaría eventualmente a todos los que estén inhumados en el Valle de los Caídos cuyo fallecimiento no hubiera sido consecuencia de la Guerra Civil.

Así, se alega que los restos mortales de Francisco Franco reposan en el altar mayor de la Basílica del Valle de los Caídos desde el 23 de noviembre de 1975, por lo que no puede hablarse de extraordinaria y urgente necesidad de modificar una situación que dura más de cuarenta y tres años.

Asimismo se aduce que ni la Proposición no de Ley votada el 11 de mayo de 2017, en la que se reclamaba la exhumación de los restos de Franco, ni el Informe del Comité de Expertos sobre el futuro del Valle de los Caídos de 2011, ni tampoco los informes del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias de 2014 y del Relator de la ONU, también de 2014, con los que la exposición de motivos justifica la adopción de la medida tienen ninguno de ellos carácter vinculante ni sirven para justificar la extraordinaria y urgente necesidad de la misma.

Se cita en alguna de las solicitudes de recurso presentadas —ya que en otras no se aporta jurisprudencia constitucional alguna— doctrina relativa a los requisitos exigibles para el dictado de un real decreto-ley, con mención expresa de lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, a tenor de la cual aun habiendo descartado el Tribunal que la utilización por el Gobierno de su potestad legislativa extraordinaria deba circunscribirse a situaciones de fuerza mayor o de emergencia, sí se ha venido exigiendo la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia a imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia.

Se hace notar al respecto que, si bien la exposición de motivos del decreto-ley cuestionado alude a la concurrencia —aun sin justificar su presencia, según entienden los solicitantes de recurso—, de las notas de excepcionalidad, gravedad y relevancia, no lo hace respecto de la imprevisibilidad que, como cabe deducir del argumentario, no puede darse en una situación consentida pacíficamente a lo largo de 43 años.

Asimismo, se alude a la jurisprudencia del Tribunal reiterada en diversas sentencias en el sentido de que el control jurisdiccional que ejerce es un control ex post y tiene por misión velar porque el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación

concedido por la norma, esto es, que aquél se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de «extraordinaria y urgente necesidad».

En definitiva, esta línea argumental cuestiona desde el punto de vista formal la previsión ya transcrita del artículo único del real decreto-ley, sin entrar a considerar, ni tampoco cuestionar, el fondo de la misma ni la consecuencia de su aplicación, que no es otra que la exhumación y el correspondiente traslado de los restos mortales inhumados en el Valle de los Caídos de personas cuyo fallecimiento no haya sido consecuencia de la Guerra Civil. Por ello la solicitud de interposición de recurso se fundamenta en la posible vulneración del artículo 86.1 de la Constitución

CUARTO. Finalmente cabe reseñar en estos antecedentes que, mediante Acuerdo de 13 de septiembre de 2018, el Congreso de los Diputados procedió a la convalidación del Real Decreto-ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución, con 176 votos a favor, 165 abstenciones y únicamente 2 votos en contra, aprobando asimismo su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Los argumentos esgrimidos por los solicitantes se centran en la supuesta inconstitucionalidad de la norma, puesto que a su juicio no se da el presupuesto habilitante: la extraordinaria y urgente necesidad. Procede, pues, analizar la doctrina constitucional para constatar la verosimilitud de la petición formulada.

El Tribunal Constitucional desde su primera sentencia sobre esta materia, STC 29/1982, de 31 de mayo, hasta la más reciente, STC 105/2018, de 4 de octubre, ha elaborado una consolidada doctrina jurisprudencial sobre el denominado presupuesto habilitante del Decreto-ley.

Ya en la primera sentencia citada de 1982, el Tribunal resaltó «el peso de la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado», una idea que cobra especial importancia para analizar un caso como el presente, de manera que —se dice también en esa sentencia— sin perjuicio del posible y ulterior control jurídico-constitucional «es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley».

Siguiendo con esta idea, en la STC 111/1983, de 2 de diciembre, el Tribunal, abordando la cuestión del control constitucional de los componentes esenciales del presupuesto habilitante del Decreto-ley, recordó (FJ5) que:

> el Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan —por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso.

En definitiva, consideraba el Tribunal en esa sentencia y respecto del ejercicio de la función de control que le corresponde que «no podría, sin traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático».

SEGUNDO. Respecto de los componentes esenciales del presupuesto habilitante del Decreto-ley en el fundamento jurídico sexto de la citada sentencia 111/1983 y retomando doctrina anterior se dice que:

> 6. La extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar el Decreto-ley para ordenar situaciones —intervenir en acontecimientos— de excepcional amenaza para la comunidad y el orden constitucional. Nuestra Constitución, decíamos en la Sentencia de 4 de febrero de 1983 (*Boletín Oficial del Estado* del 9 de marzo), ha contemplado el Decreto-ley como instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes. La justificación del Decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que, por circunstancias o factores, o por su compleja concurrencia, no pueda acudirse a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatividad de la medida. Por lo demás, el modo como el art. 86 ha contemplado la figura del Decreto-ley susceptible de culminar en una Ley por la vía del apartado tercero del indicado artículo, en un sistema en que el Gobierno ha de gozar de la confianza de la Cámara, confiere otra variante importante a la utilización del Decreto-ley, utilización con el designio de adoptar dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior Ley aprobada siguiendo lo que dice el art. 86. 3 su regulación definitiva.

Esta línea ha sido mantenida hasta los pronunciamientos más recientes. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la STC 105/2018, de 4 de octubre, ha recordado que,

> La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley), incumbiéndole a este Tribunal controlar que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, sin suplantar a los órganos

> constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los decretos-leyes; y que ese control externo se concreta en la comprobación de que el Gobierno haya definido, de manera explícita y razonada, una situación de extraordinaria y urgente necesidad que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y de que, además, exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente.

Por tanto, es doctrina constitucional consolidada que existe un margen razonable de discrecionalidad del Gobierno para apreciar la extraordinaria y urgente necesidad; que el control jurisdiccional es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno; que ese control rechaza toda injerencia en la decisión política ínsita en el Decreto-ley; y que cabe su utilización con el designio de adoptar, dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada siguiendo lo que dice el artículo 86.3 de la Constitución su regulación definitiva.

TERCERO. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).

En cuanto a la definición de la situación de urgencia, la doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

Finalmente, recuerda el Tribunal que el hecho de que el contenido del Decreto-ley se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley, lo que

deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 137/2011, FJ 6; reiterado en SSTC 183/2014, FJ 5; 47/2015, FJ 5, y 139/2016, FJ 3).

CUARTO. Expuesta la doctrina constitucional, procedería verificar en el caso concreto los dos aspectos antes mencionados: la justificación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, por un lado, y por otro, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella.

Sin embargo, esta última verificación resulta aquí innecesaria ya que ninguna de las solicitudes de recurso, como se ha reseñado en los antecedentes, cuestiona la conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada, la denominada «conexión de sentido», la cual, por otra parte, resulta evidente en el proceso de resignificación del Valle de los Caídos como lugar vedado a actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil y destinado a honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de esa tragedia colectiva.

En cuanto al examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad, este se ha de llevar a cabo, como ya se ha mencionado, mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma. En este caso es suficiente la lectura de la exposición de motivos y el debate de convalidación para apreciar la justificación utilizada por el Gobierno.

Efectivamente, en la exposición de motivos de la norma se justifica que el fundamento y el objetivo de la norma

> son de un inequívoco y extraordinario interés público: que la actuación de los poderes públicos atienda al sentir mayoritario de la sociedad española, que considera inaplazable poner fin a décadas de una situación impropia de un Estado democrático y de Derecho consolidado.

El argumento principal para justificar la urgencia recogido en la exposición de motivos de la norma es la voluntad popular manifestada a través de un proposición no de ley del año 2017 que instaba al Gobierno de España a «afrontar, de forma decidida y urgente, las recomendaciones del Informe de expertos sobre el futuro del Valle de los Caídos entregado al Ministerio de la Presidencia el 29 de noviembre de 2011», informe este en el que, entre las actuaciones urgentes, se señala además como «preferente» la exhumación de los restos de Francisco Franco y su traslado fuera del Valle de los Caídos.

Considera el Gobierno que dicha proposición no de ley explicita de forma contundente la voluntad de los representantes de la ciudadanía de proceder a la exhumación y de hacerlo, además, de forma no solo urgente sino también preferente.

Explica, a mayor abundamiento, que la extraordinaria y urgente necesidad de la reforma legal viene apoyada y avalada por la perentoria exigencia de dar cumplimiento a los reiterados requerimientos de Naciones Unidas que, en los últimos años, ha venido requiriendo al Estado español para que dé cuenta de las medidas adoptadas en materia de memoria histórica y regeneración democrática.

Concretamente, el Informe emitido en julio de 2014 por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias concluye con una larga lista de recomendaciones para el Gobierno español y la petición de que en un plazo de 90 días «presente un cronograma en el que se indiquen las medidas que se llevarán a cabo para implementar estas recomendaciones y asistir a las víctimas del franquismo». Con respecto al Valle de los Caídos, este Grupo de Trabajo lamentaba específicamente que no se hubieran implementado las recomendaciones del aludido Informe de 2011 en relación con la retirada de los restos de Francisco Franco de dicho mausoleo.

En este mismo sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, emitió un informe el mismo mes de julio de 2014 donde vinculaba la presencia de Francisco Franco en el Valle de los Caídos con la exaltación del franquismo y con las dificultades de consagrarlo como lugar en favor de la paz y la reconciliación, además de sugerir implementar las recomendaciones del 2011 respecto del Valle.

Considera el Gobierno que los motivos que acaban de exponerse justifican ampliamente la concurrencia de los requisitos constitucionales de extraordinaria y urgente necesidad, que le habilitan para aprobar el real decreto-ley dentro del margen de apreciación que, en cuanto órgano de dirección política del Estado, le reconoce el artículo 86.1 de la Constitución (STC 142/2014, FJ 3 y STC 61/2018, FFJJ 4 y 7). Concurren también las notas de excepcionalidad, gravedad y relevancia que hacen necesaria una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de una ley, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia. Explica, por último, la exposición de motivos de la norma, que el hecho de que una situación haya sido tolerada por largo tiempo debido a la inactividad del Gobierno y al desconocimiento de un deber de normación impuesto por las Cortes Generales no es óbice para que se haga frente a la misma por vía de la legislación de urgencia (STC 11/2002, FJ 7): además, recuerda que el carácter estructural de esta situación no impide que en el momento actual pueda convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes.

QUINTO. El debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley no aporta novedades respecto de lo aducido en la exposición de motivos, aunque lo significativo de ese debate es que, como se ha reseñado en los antecedentes, la convalidación de Real Decreto-ley se aprobó por mayoría absoluta con únicamente (y por error) dos votos en contra, lo que revela una voluntad política prácticamente unánime respecto del objeto de la norma, lo que el Defensor del Pueblo en su condición de alto comisionado de las Cortes Generales debe tomar en consideración, como así mismo el hecho de que, también con una significativa mayoría, se haya acordado su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Como antes se ha señalado, la doctrina constitucional ha otorgado un margen razonable de apreciación de la situación de necesidad al Gobierno que solo es censurable si la utilización de la figura del Decreto-ley es abusiva. Se ha reseñado también que el control jurisdiccional es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno. Y asimismo se ha señalado que cabe la utilización de la figura del Decreto-ley con el designio de adoptar, dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada siguiendo lo que dice el artículo 86.3 de la Constitución su regulación definitiva.

Nos encontramos, pues, aquí ante una norma cuyo contenido es netamente una decisión política que ha sido ya convalidada por las Cortes Generales, y es preciso reiterarlo, con un amplísimo consenso de las fuerzas parlamentarias ya que ninguna se ha opuesto con su voto, aunque hubiera manifestado discrepancias en el debate parlamentario de convalidación.

Ciertamente toda decisión legislativa, cualquiera que sea su contenido jurídico, tiene un componente político, y en casos tan singulares como el presente, puede afirmarse que el componente jurídico queda, y por lo tanto su control en términos constitucionales, reducido a lo indispensable. La decisión de la exhumación de los restos de Francisco Franco del Valle de los Caídos (y de los demás restos que eventualmente pudieran ser objeto de la norma) es, claramente, una medida de naturaleza esencialmente política y es al Gobierno de la Nación a quien corresponde apreciar la urgencia y la necesidad de llevarla a cabo. Además, esa decisión ha sido convalidada prácticamente por unanimidad por los representantes de pueblo español a los que corresponde el control político de la medida, lo que esta institución no puede desconocer en el ejercicio ponderado y neutral de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad.

Por otra parte, la presentación explícita y razonada de los motivos expuestos por el Gobierno para la aprobación del Real Decreto-ley cabe incardinarla, sin mayor dificultad y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, en el margen constitucionalmente

legítimo de apreciación política que corresponde al Gobierno para el logro de sus objetivos de esta naturaleza.

Todo lo anterior conduce a esta institución a no considerar pertinente en el presente caso el ejercicio de su legitimación, al considerar que la norma cuestionada supera el control de constitucionalidad en cuanto a la presencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 de la Constitución de extraordinaria y urgente necesidad.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e. f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.